

Bogotá, D.C., mayo 30 de 2011.

H. Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

H. Corte Constitucional

Palacio de Justicia “Alfonso Reyes Echandía”

Calle 12 # 7-65.

Bogotá, D.C.

Referencia: Proceso D-8518.

**Norma Acusada: Ley 361 de 1997, artículo 1º, parcial.**

Actores: Sergio Andrés Duque Rodríguez y Silvia Consuelo Pardo Roa.

Respetado Señor Magistrado:

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA, ciudadano en ejercicio identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como comisionado de la ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA, entidad en la cual ostento el título de Miembro de Número, así como integrante del Grupo de Investigación en Derecho Público “Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé” en la UNIVERSIDAD DE LA SABANA, mediante el presente escrito y dentro del término concedido, presento respuesta al Oficio 1198 de la Secretaría General de la Corte Constitucional, en relación con el proceso de la referencia, seguido en contra de la Ley 361 de 1997, artículo 1º, parcial, para apreciar la calificación de las limitaciones severas y profundas con las leves y moderadas.

#### **DEL CONCEPTO SOLICITADO:**

Mediante Oficio 1198 de mayo 20 de 2011, emanado de la Secretaría General de la Corte Constitucional y recibido el día veintitrés (23) de mayo en la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el H. Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva solicita al Presidente de la Academia, si lo estimase oportuno, concepto que se emite dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la citada comunicación. La citada comunicación me fue remitida por la Secretaria Auxiliar de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el día veinticuatro (24) de mayo del año en curso. Dentro del plazo otorgado paso a rendir mi concepto, de acuerdo con la investigación realizada por el suscrito para la Corte Constitucional, publicado por USAID hace algunos años.

#### **EL SIGNIFICADO DE DISCAPACIDAD:**

**DEFICIENCIA:** Es toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, mental, fisiológica o anatómica, según el Decreto 917 de 1999, conocido como **Manual Único para la Calificación de la invalidez.**

**INCAPACIDAD:** Es el estado de inhabilidad física o mental de un asegurado a la entidad de salud, causada por una enfermedad no profesional, por maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, que le impide desempeñar en forma temporal o permanentemente su profesión u oficio

habitual, eventos ante los cuales, la entidad de salud respectiva concederá al trabajador una prestación en dinero denominada subsidio por incapacidad.

**INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD GENERAL:** Es el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las EPS a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo en que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual. En ningún caso se le pagará a un afiliado al sistema simultáneamente incapacidad por enfermedad general, incapacidad por enfermedad profesional y pensión de invalidez absoluta o por gran invalidez. (Superintendencia Nacional de Salud, Circular 11 de 1995).

**DISCAPACIDAD:** Es toda restricción o ausencia, debida a una deficiencia, de la capacidad de realizar una actividad en la forma y dentro del margen que se considera normal para un ser humano en su contexto social.

Refleja las consecuencias de las deficiencias en el rendimiento funcional de la actividad cotidiana de la persona: en la ejecución de tareas, aptitudes y conductas.

Puede ser transitoria o definitiva, reversible o irreversible, progresiva o regresiva.

**MINUSVALÍA:** Es una situación desventajosa para una persona determinada, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Es por tanto, la pérdida o limitación de las oportunidades para participar de la vida en comunidad con los demás.

En Colombia se carece de un registro sistemático confiable del evento de deficiencia, discapacidad y minusvalía relacionado con el total de la población. Se ha convertido en un problema de salud pública de proporciones crecientes, debido a la tendencia de la violencia generalizada y al desarrollo socioeconómico, técnico u demográfico.

Los estudios que se tienen sobre el tema no son comparables debido a diferencias en la población objeto de los mismos, así como a la variedad metodológica que se observó en ellos.

El primero de los estudios que se integra a estos antecedentes, es el practicado por el DANE en 1993.

Aunque no son datos confiables, dadas las dificultades en la interpretación de la pregunta, el censo nacional realizado nos suministra la siguiente información sobre discapacidad.

Población total: 32.132.720 habitantes.

Población con discapacidad: 593.546 personas.

El índice de años vividos con discapacidad atribuibles a desnutrición protéico-calórica, para ambos géneros de grupo de 0-4 años es de 60x1000. Sus efectos están relacionados con la reducción de la función cognoscitiva, el retardo mental irreversible y en ocasiones la ceguera.

De otro lado las cardiopatías reumáticas, la anemia, otras afecciones cardiovasculares o neurosiquiátricas y la epilepsia, son las causas más frecuentes de la carga de años vividos con discapacidad para ambos géneros del grupo de 5-14.

Las diferencias entre los géneros empiezan a verse en el grupo de 15-44 años de edad: las anemias con comportamiento irregular en el período, ocupan el primer lugar para las mujeres seguidas de las enfermedades músculo esqueléticas, la sepsis puerperal, la artritis y la cardiopatía isquémica.

En los hombres las enfermedades musculoesqueléticas y otras afecciones pulmonares neurosiquiátricas y las cardiopatías.

En el grupo de 45 a 59 años en las mujeres, predominan las enfermedades musculoesqueléticas, seguidas de la cardiopatía. En el caso de los hombres la carga de la enfermedad se orienta más hacia las patologías neurosiquiátricas. Un patrón similar de comportamiento para hombres y mujeres se vuelve a observar entre la población de 60 y más.

La fuente actual de información, cuantitativa y cualitativa sobre discapacidad es, sin duda, el estudio demográfico en ejecución, del Sistema Nacional de información en proceso de estructura. Ha sido realizado desde 1995 en nueve capitales, por la Universidad Javeriana, y financiado por el Ministerio de Educación, con el Apoyo y asistencia técnica del Ministerio de Salud. Su publicidad inicial se remonta a 1995.

Según el género, se encontró que las limitaciones se presentan en general en la misma proporción para ambos sexos en las diferentes etapas de ciclo vital. Sin embargo, se observó una diferencia significativa en el grupo de 5-12 años con el 45.2% para el sexo masculino y 36% para el sexo femenino.

La prevalencia de personas en situación de discapacidad y minusvalía en una comunidad es significativa.

#### LOS TIPOS DE DISCAPACIDAD EN COLOMBIA

1. Del cuidado personal 2,3%
2. De la Conducta 2,7%
3. De la Locomoción 36,6%
4. De la comunicación 61,8%

La discriminación a las personas con discapacidad, según el informe presentado es de un 47%.

Al estudiar la afiliación de seguridad social para los habitantes de los 23 Departamentos se halló que el 40% no está cubierto completamente.

En el tema del transporte se encontró que el 48% de los Departamentos no cuenta con rutas ni buses accesibles para la población con discapacidad, haciendo más difícil el acceso a los diferentes centros de educación y rehabilitación.

Es importante anotar que el 44% de los Departamentos se hace evidente una falta de apoyo por parte de los entes nacionales, departamentales y municipales en el desarrollo de acciones para la población con discapacidad.

Es necesario realizar una estadística seria sobre el número de personas discapacitadas en el territorio nacional e integrar sociolaboralmente a esta población a la vida nacional facilitando acceso a créditos, apoyando las microempresas y divulgando talentos.

Martín Gómez y Alonso Tejuca, ofrecen una definición de eutanasia, bajo los siguientes términos: *“Aquella conducta, comportamiento o técnica que, consistente en un hacer, un dejar de hacer lo posible o un mero no hacer, tiene por fin paliar la situación de dolor extrema e incluso anticipar el éxito de quien, consintiendo o no pudiendo prestar su anuencia a ello, se halla en una situación de enfermedad o deficiencia límite irreversible.”*

¿Es viable entonces que se proteja a quien tiene un dolor leve, frente a un dolor grave?, ¿Cómo puede medirse el dolor?, ¿La Corte Constitucional posee una teoría sobre el dolorímetro que pueda aplicarse para declarar constitucional o no la norma acusada?

El decreto 2463 de 2001 -el cual reglamenta el funcionamiento, la integración y la financiación de las juntas regionales y nacionales de calificación de invalidez- establece en su artículo 7º las diferentes grados de severidad de la limitación que padezca una persona, y señala que la limitación será moderada cuando la junta de calificación determine la pérdida de la capacidad laboral entre un 15 y 25%; será severa cuando la pérdida de la capacidad laboral esté, entre un 25 y 50%; Y por último, será profunda cuando presente una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Por lo tanto, según lo previsto en el mencionado decreto, las personas que presenten una limitación física inferior al 15% no serán considerados como discapacitados.

El Estado, de acuerdo con la Ley 361 de 1997, adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran; ése es el mandato constitucional consagrado en el artículo

47. Esto ha sido atendido por la ley 361 de 1997, en la que se establecen ciertas garantías a la población considerada como discapacitada, entre ellas su integración en el mercado laboral, y se les ofrece a los empleadores que contraten a personas con limitaciones físicas ciertas prerrogativas, entre ellas:

- Tasa de arancelarias especiales a la importación de maquinaria destinada para el manejo de personas con limitaciones.
- Prelación en el otorgamiento de créditos o subvenciones de organismos estatales, para el desarrollo de planes que requieran la participación de personas con limitaciones.
- Que sean preferidos en igualdad de condiciones en el proceso de licitación, adjudicación y celebración de contratos.
- La cuota de aprendices que está obligado a contratar el empleador se disminuirá en un 50% si los contratados son personas con discapacidad comprobada no inferior al 25%.

Con la reforma laboral introducida por la ley 789 de 2002 se estableció una serie de beneficios a favor del empleador, entre ellos, la exoneración del pago de los aporte parafiscales al ICBF, SENA y CCF que le correspondía pagar por esos trabajadores siempre y cuando esos trabajadores contratados sean adicionales' al promedio' de trabajadores del año 2002 y que además cumplan con estas características:

- Al momento de la contratación presenten una limitación física superior al 25%.
- Que la edad de esos nuevos trabajadores al momento de vincularse esté entre 16 y 25 años o mayores de 60.
- Que las personas hayan sido contratadas desde el sitio de reclusión. Que sean jefe cabeza de hogar.
- Que la contratación sea con personas que hayan desertado de los grupos insurgentes.

Con esta reforma se da cumplimiento a diferentes mandatos constitucionales que hasta la fecha no han merecido la suficiente atención por parte del legislador, entre ellos, el derecho a la igualdad y el derecho al trabajo. Del mismo modo, con esta reforma se da cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia al momento de ratificar el convenio 159 de la OIT.

En referencia a la Ley 361 de 1997, el fuero de discapacidad no puede la Corte generar un fuero innecesario para los dolores leves, pues colapsaría con esa decisión el sistema de salud, pues el proteccionismo excesivo de la Corte Constitucional genera discriminación, Vgr. Recientemente ha puesto por encima de las personas a las mascotas.

La jurisprudencia que podría citarse sobre este particular, no siempre ha sido tenida en cuenta, no obstante el valor de superación que debe ofrecerse a los disminuidos físicos. La Corte Constitucional, con Ponencia del H. Magistrado Antonio Barrera Carbonell, a través de la sentencia T-144 de 1995, estableció que:

*“No debe perderse de vista que diferentes textos constitucionales apuntan hacia la especial protección que el Estado debe dispensar a los disminuidos físicos sensoriales y síquicos. Además, que si el demandante siendo minusválido recibió una capacitación laboral adecuada para reincorporarse a la actividad laboral y, en tal virtud, trabajó para un patrono y cotizó para el ISS con destino a los seguros de invalidez, vejez, muerte, su situación desde el punto de vista laboral y particularmente en lo que atañe con la protección propia de la seguridad social tiene respaldo constitucional en los artículos 13 inciso final, 47, 48 y 54.*

*Si tanto el Estado como los particulares están obligados a ofrecer habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran, incluyendo los minusválidos, y si de otra parte, aquél debe de garantizarse a éstos “el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”, necesariamente ha de concluirse que cuando se capacitan para acceder o reingresar al mercado laboral deben gozar de las mismas condiciones laborales de los demás trabajadores para que no se rompa el principio de igualdad, condiciones que obviamente incluyen los derechos derivados de la seguridad social.”*

Y, el Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, en la Sentencia T-117 de 1995, hace una referencia también importante sobre el particular, que se consigna en los siguientes términos:

*“El Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo obliga al Estado a permitir que la persona invalida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, puesto que ha sido probado que la accionante padece secuelas de poliomeilitis que en principio la colocan en una situación de debilidad manifiesta por invalidez parcial, se concederá la tutela transitoria con el*

*objeto de evitarle el perjuicio irremediable consistente en la pérdida del empleo, con las consecuencias que ella apareja para una persona de sus condiciones físicas y la consiguiente dificultad que, por eso mismo, se le presenta para establecer nuevos vínculos laborales.”*

La Ley 909 de 2005, sobre carrera administrativa, estableció un mecanismo de protección para la población discapacitada, al siguiente tenor:

*Artículo 52. Protección a los desplazados por razones de violencia y a las personas con algún tipo de discapacidad. Cuando por razones de violencia un empleado con derechos de carrera administrativa demuestre su condición de desplazado ante la autoridad competente, de acuerdo con la Ley 387 de 1997 y las normas que la modifiquen o complementen, la Comisión Nacional del Servicio Civil ordenará su reubicación en una sede distinta a aquella donde se encuentre ubicado el cargo del cual es titular, o en otra entidad.*

*La Comisión Nacional del Servicio Civil, en coordinación con las respectivas entidades del Estado, promoverá la adopción de medidas tendientes a garantizar, en igualdad de oportunidades, las condiciones de acceso al servicio público, en empleos de carrera administrativa, a aquellos ciudadanos que posean discapacidades físicas, auditivas o visuales, con el fin de proporcionarles un trabajo acorde con su condición.*

*En todo caso, las entidades del Estado, estarán obligadas, de conformidad como lo establece el artículo 27 de la Ley 361 de 1997 a preferir entre los elegibles, cuando quiera que se presente un empate, a las personas con discapacidad.*

Considero, H. Magistrado, que ante la crisis actual de financiamiento de la salud, la expresión demandada debe permanecer en el ordenamiento jurídico impugnado, pues muchas veces, en aras de una malentendida protección, los jueces constitucionales de todos los niveles, están imponiendo dos sanciones al ordenar reintegros por un lado y por otro indemnizaciones, haciendo gravoso para el empleador colombiano.

Por ejemplo, no siempre se ha entendido correctamente el fuero en favor del trabajador, con limitaciones no opera de forma automática, como se comentó anteriormente; dependiendo de la limitación física de la persona operará el fuero de discapacitados.

- El trabajador con limitaciones que pretenda su reinstalación debe probar que el empleador tenía conocimiento de su limitación. ¿Qué ocurriría si Usted, Honorable Magistrado presentare una ponencia incluyendo las causas leves de dolor como pretende la demandante? Muy seguramente las consecuencias de despidos por limitaciones que causan dolor o malestar, como la menstruación de las mujeres, provocaría miles de despidos o a su vez, miles de tutelas amparando el derecho fundamental a menstruar?

- El empleador debe demostrar que el despido no obedeció a la limitación física del trabajador, sino por otras razones, por ejemplo: terminación del contrato de trabajo por justa causa, terminación por expiración del término fijo pactado, desaparición de las causas que le dieron origen al contrato de trabajo, u otras causas que no estén relacionadas con el despido.

La protección que ofrece la ley a las personas con limitaciones frente al ordenamiento constitucional puede ser comparada con una balanza: de un lado, los derechos constitucionales a favor de los trabajadores con limitaciones, y del otro lado, cómo se garantiza por parte del legislador la efectividad de esos derechos, con el fin de ofrecer estabilidad en el empleo a esa población manifiestamente débil y vulnerable debido a su condición excepcional que los coloca en desventaja frente a otros trabajadores, pero no puede darse un desbalance de “dolores” como lo pretende la accionante; recordemos en este punto la Sentencia T-473 de 2002.

#### OTRAS DISPOSICIONES NORMATIVAS A CONSIDERAR:

Además de este artículo 47 de la Constitución, las demás normas que se refieren al tema de los discapacitados, son los siguientes:

Código Civil. Artículo 73, 74, 1503, 1504 y 1505.

Decreto 2358 de 1981. Crea el Sistema Nacional de Rehabilitación.

Resolución número 14861 del 4 de octubre de 1985. Expedida por el Ministerio de Salud. Por la cual se dictan normas para la protección, seguridad, salud y bienestar de las personas en el ambiente y especial de los minusválidos.

Ley 12 del 27 de enero de 1987. Se suprimen algunas barreras arquitectónicas.

Ley 50 de 1988.

Decreto 2177 de 1989. Sobre Readaptación profesional y empleo de personas inválidas.

Decreto Ley 2737 de 1989. Código del Menor.

Ley 100 de 1993. Los limitados de escasos recursos serán beneficiarios del régimen subsidiado de Seguridad Social.

Decreto 2381 del 30 de noviembre de 1993. Por la cual se declara el 3 de diciembre de cada año como el Día Nacional de las personas con Discapacidad.

Ley 115 de 1994. Establece que nadie podrá ser discriminado por razón de su limitación, para acceder al servicio de educación ya sea en una entidad pública o privada y para cualquier nivel de formación.

Ley 171 de 1994. Aprueba el Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos sin carácter internacional.

Decreto 1938 del 5 de Agosto de 1994.

Resolución número 5261 de agosto 5 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud.

Ley 181 de 1995. Por la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física y se crea el sistema nacional del deporte.

Decreto 692 de 1995.

Decreto 730 de 1995. Por lo cual se crea el Comité Consultivo Nacional de Discapitados.

Decreto 1228 de 1995.

Decreto 1436 de 1995. Manual Único para la calificación de la invalidez.

Decreto 2345 de 1995.

Ley 324 de octubre 11 de 1996. Por lo cual se crean algunas normas a favor de la población sorda.

Resolución número 3997 de octubre 30 de 1996, expedida por el Ministerio de Salud.

Resolución número 4288 del 20 de noviembre de 1996, expedida por el Ministerio de Salud.

Decreto 986 de 1996.

Decreto 2080 de 1996. Por lo cual se reglamenta la Federación Paraolímpica.

Decreto 2082 de 1996. Por el cual se reglamenta la atención educativa para personas con limitaciones o con capacidades o talentos excepcionales.

Decreto 2226 del 5 de diciembre de 1996. Por el cual se asigna al Ministerio de Salud una función realizada con la dirección, orientación, vigilancia y ejecución de los planes y programas que en el campo de la salud se relacionan con la tercera edad, indigentes, minusválidos y discapacitados.

Resolución número 5042 de diciembre 26 de 1996, expedido por el Ministerio de Salud.

Ley 361 del 7 de febrero de 1997. Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación.

Decreto 1068 de 1997.

Decreto número 2369 de septiembre 22 de 1997. Por la cual se reglamenta parcialmente la Ley 324 de 1996.

Acuerdo número 72 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. 29 de agosto de 1997.

Acuerdo número 74 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. 31 de octubre de 1997.  
Acuerdo número 77 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. 20 de noviembre de 1997.  
Decreto 1572 de agosto 5 de 1998.  
Decreto 917 de 1999. Manual Único para la calificación de la invalidez.  
Decreto 2211 de 1999.  
Decreto 276 del 22 de febrero del 2000.  
Ley 762 de 2002, por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.  
Ley 909 de 2005, artículo 52.  
Ley 919. Prohíbe la comercialización de componentes anatómicos.  
Normas Técnicas Colombianas - ICONTEC: sobre accesibilidad y ayudas técnicas para personas con algún tipo de discapacidad:  
NTC 4140. Accesibilidad de las personas al medio físico.  
NTC 4141. Símbolo de sordera e hipoacustia o dificultad de comunicación.  
NTC 4142. Símbolo de ceguera y baja visión.  
NTC 4143-4144-4145-4139-4201-4279-4349. Accesibilidad de las personas al medio físico.  
NTC 4265-4266-4267. Sillas de Ruedas.

#### NORMATIVIDAD INTERNACIONAL:

1. Declaración de los Derechos Humanos proclamada por las Naciones Unidas en el año de 1948.
2. Declaración de los Derechos del Deficiente Mental aprobada por la ONU el 20 de diciembre de 1971.
3. Declaración de los Derechos de las personas con Limitación, aprobada por la Resolución 3447 por la ONU, el 9 de diciembre de 1975.
4. Convenio 159 de la OIT. Sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas.
5. Declaración de Sund Berg de Torremolinos, UNESCO 1981.
6. Declaración de las Naciones Unidas concerniente a las personas con limitación de 1983.
7. Recomendación 168 de la OIT de 1983.
8. Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental. Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 46/119, 17 diciembre de 1991.
9. Declaración de Cartagena de Indias sobre políticas integrales para las personas con discapacidad en el área Iberoamericana. Conferencia Intergubernamental Iberoamericana, Cartagena 23-30 octubre de 1992.
10. Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 48/96, 20 de diciembre de 1993.
11. Programa de Acción Mundial para los impedidos. Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 32/52, 3 de diciembre de 1982.

#### OTROS DOCUMENTOS Y DOCTRINA:

1. Documento Conpes 2761 de 1995. Vicepresidente de la República. Establece la política de prevención y atención a la Discapacidad.
2. Plan Nacional de Atención a las personas con Discapacidad 1999-2002. Presidencia de la República de Colombia, Bogotá. 2000.

Renuevo al H. Magistrado mi concepto en el sentido que la norma acusada, artículo 1º, parcial de la Ley 361 de 1997, DEBE permanecer en el ordenamiento jurídico colombiano.

Del H. Magistrado, con toda atención,

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA

Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Director del Grupo de Investigación en Derecho Público “Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de turmequé”, en la Universidad de La Sabana.

C.C. 6.776.897 de Tunja

T.P. 57752 del C.S. de la J.